

**Gericht**

OGH

**Dokumenttyp**

Entscheidungstext

**Fundstelle**

ÖZK 2016,156 (Gruber, Rechtsprechungsübersicht) = wbl 2016,593/197 - wbl 2016/197 = Jus-Extra  
OGH-Z 6066 = RZ 2016,282 EÜ252 - RZ 2016 EÜ252 = Eckhard/Mertel/Schmid, ÖZK 2017,31 -  
Trockenbau II - Ausschreibungen über Trockenbauleistungen (Hausdurchsuchung)

**Geschäftszahl**

16Ok7/16i

**Entscheidungsdatum**

04.07.2016

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, 1020 Wien, Praterstraße 31, gegen die Antragsgegnerin P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt in Gmunden, wegen Hausdurchsuchung, über den Rekurs der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 18. März 2016, GZ 29 Kt 29/16f-2, den

**B e s c h l u s s**

gefasst:

**Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Ein Kostenersatz findet nicht statt.

**Text****B e g r ü n d u n g :**

Am 4. März 2016 beantragte die Bundeswettbewerbsbehörde zu 27 Kt 9/16z, 27 Kt 10/16x die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls ua auch gegen die nunmehrige Antragsgegnerin wegen

des Verdachts kartellrechtswidriger horizontaler Absprachen gemäß § 1 Abs 1 KartG und Art 101 AEUV sowie § 1 Abs 4 KartG zwischen den Antragsgegnerinnen und Mitbewerbern bei Ausschreibungen über Trockenbauleistungen im Bereich des Bauwesens.

Das Erstgericht hat in diesem Verfahren den Antrag auf Erlassung des Hausdurchsuchungsbefehls gegen die nunmehrige Antragsgegnerin mit der Begründung abgewiesen, dass den vorgelegten Urkunden kein Hinweis auf die nunmehrige Antragsgegnerin zu entnehmen sei. Es seien auch von der Antragstellerin keine substantiierten Behauptungen aufgestellt worden, in welcher Weise die nunmehrige Antragsgegnerin in die Absprachen involviert gewesen sei. Es fehle somit sowohl an Behauptungen als auch an Bescheinigungen in dieser Richtung. Dieser Beschluss blieb unbekämpft.

Am 18. März 2016 beantragte die Bundeswettbewerbsbehörde neuerlich die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls gegen die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit drei (bereits im Antrag vom 4. März 2016 enthaltenen) E-Mails einer Mitbewerberin betreffend drei verschiedene Baustellen. Zusätzlich brachte die Antragstellerin nunmehr (erstmalig) zur Person des Empfängers der E-Mails auf Seiten der Antragsgegnerin vor, dass es sich dabei um deren Prokuristen handle. Sie legte dazu auch einen Firmenbuchauszug der Antragsgegnerin vor. Der Empfänger der E-Mails sei auch auf der Unternehmenswebsite der Antragsgegnerin im Bereich Verkauf/Kalkulation angeführt. Aus der dort ebenfalls angeführten Festnetztelefonnummer lasse sich schließen, dass er auch tatsächlich am Standort der Antragsgegnerin tätig sei.

Das Erstgericht gab mit dem bekämpften Beschluss dem Antrag statt und erließ einen Hausdurchsuchungsbefehl gegen die Antragsgegnerin wegen des begründeten Verdachts der Teilnahme an wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen, die gegen § 1 Abs 1 KartG bzw Art 101 AEUV verstoßen, und zwar horizontale Absprachen zwischen der Antragsgegnerin und Mitbewerbern bei Ausschreibungen für Trockenbauleistungen. Anders als noch im Vorverfahren reichten nunmehr die Angaben aus, um von einem Austausch von Angeboten der Mitbewerberin auch mit der Antragsgegnerin auszugehen. Die mittlerweile vorliegenden Urkunden ergäben in einer Gesamtschau den Verdacht, dass Anbote zwischen der Antragsgegnerin und einer Mitbewerberin ausgetauscht worden seien, und Hinweise darauf, dass es zwischen diesen Firmen zu Absprachen über die Höhe der Anbotssummen gekommen sei. Daraus resultiere ein ausreichend begründeter Tatverdacht in Bezug auf verbotene wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen für Trockenbauleistungen. Die Hausdurchsuchung sei auch erforderlich und verhältnismäßig.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den Antrag auf Anordnung einer Hausdurchsuchung zurückzuweisen, in eventu, ihn abzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs keine Folge zu geben.

## Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Rekurswerberin vertritt die Auffassung, dass das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit auch im Außerstreitverfahren die doppelte Geltendmachung identer Ansprüche zwischen denselben Parteien verbiete. Im Verfahren 27 Kt 9/16z, 27 Kt 10/16x sei ein identer Anspruch, basierend auf demselben Sachverhalt zwischen den Parteien, geltend gemacht worden. Der neuerliche Antrag sei daher im Hinblick auf die Streitanhängigkeit unzulässig. Der Antragstellerin sei die Möglichkeit offen gestanden, gegen die Entscheidung im Vorverfahren einen Rekurs zu erheben, weil im Rekursverfahren kein Neuerungsverbot bestehe. Mangels eines Rechtsmittels sei die Abweisung des Antrags auf Anordnung einer Hausdurchsuchung in Rechtskraft erwachsen, weshalb die einmal mit Beschluss entschiedene Frage bei gegebener Identität des Anspruchs keiner neuerlichen richterlichen Nachprüfung unterzogen werden dürfe. Im Übrigen sei kein schlüssiges Vorbringen zu einem begründeten Verdacht erstattet worden; die bloße Übermittlung von Angeboten zwischen Wettbewerbern sei nicht geeignet, den Verdacht eines Kartellrechtsverstoßes zu begründen. Diese Ausführungen überzeugen nicht.

1. Im Außerstreitverfahren werden nur an die Anhängigkeit des Verfahrens Rechtsfolgen geknüpft; der Begriff der „Streitanhängigkeit“, auf die sich die Rechtsmittelwerberin beruft, ist dem Außerstreitverfahren fremd (Kodek in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 12 Rz 1; RIS-Justiz RS0125903). Während im Zivilprozess ein Zweitprozess wegen Streitanhängigkeit gar nicht eingeleitet werden darf, sodass die auf das gleiche Rechtsschutzziel gerichtete Klage aufgrund des Prozesshindernisses der Rechtskraft zurückzuweisen ist, kann derselbe außerstreitige Antrag zwar neuerlich anhängig gemacht, muss aber dann an das Gericht des Zuvorkommens überwiesen werden (§ 12 Abs 2 AußStrG; Deixler-Hübner in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 43 Rz 17).

2.1. Richtig ist hingegen, dass das Verfahrenshindernis der materiellen Rechtskraft einer Entscheidung im Sinne des Wiederholungsverbots („ne bis in idem“) auch im Verfahren außer Streitsachen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen ist (RIS-Justiz RS0007477; Deixler-Hübner in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 43 Rz 16).

2.2. Die Rechtskraftwirkung setzt die Identität der Parteien, des geltend gemachten Begehrens und des rechtserzeugenden Sachverhalts voraus (RIS-Justiz RS0108828; RS0041340).

Von Identität des Anspruchs, bei dem ein neuer Antrag ausgeschlossen ist, spricht man dann, wenn der Gegenstand des neuerlichen Rechtsschutzantrags und der Gegenstand der schon vorliegenden Entscheidung gleich sind, also sowohl das Begehren inhaltlich dasselbe (oder bloß ein quantitatives Minus) fordert, was bereits rechtskräftig zuerkannt oder aberkannt wurde, als auch die zur Begründung vorgebrachten Tatsachen den festgestellten entsprechen. Die Einmaligkeitswirkung besteht daher nicht, wenn die rechtserzeugenden Tatsachen nur teilweise übereinstimmen, also beim später geltend gemachten Anspruch weitere rechtserzeugende Tatsachen hinzutreten (vgl Rechberger in Rechberger ZPO4 § 411 Rz 7).

Bei geänderter Sachlage, also bei nachträglichen Tatbestandsveränderungen oder bei Veränderung der Individualisierungsmerkmale des Rechtsschutzanspruchs, aufgrund dessen die Entscheidung ergangen ist, entsteht ein neuer Rechtsschutzanspruch, der dann von der materiellen Rechtskraft der Entscheidung über den ersten nicht berührt ist (vgl 5 Ob 43/01m zum Grundbuchsverfahren).

2.3. Letzteres ist hier der Fall: Das Erstgericht hat in seiner ursprünglichen Entscheidung in Bezug auf die nunmehrige Antragsgegnerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass keine ausreichenden Tatsachenbehauptungen vorlägen, die (auch) die Antragsgegnerin in Bezug auf den geltend gemachten Tatverdacht implizierten.

Solche Behauptungen hat die Antragstellerin im nachfolgenden Antrag nachgeholt und damit ihren ursprünglichen Rechtsschutzantrag insoweit verändert und individualisiert. Damit besteht keine Identität des neuerlichen Antrags im Vergleich zu den rechtserzeugenden Tatsachen in der Vorentscheidung, weshalb das Verfahrenshindernis der materiellen Rechtskraft der abweisenden Entscheidung im Vorverfahren nicht gegeben ist.

3. Soweit die Rechtsmittelwerberin letztlich meint, „die bloße Übermittlung von Angeboten zwischen zwei Mitbewerbern“ sei für sich nicht geeignet, den Verdacht eines Kartellrechtsverstoßes zu begründen, ist sie auf die ausführliche Begründung des angefochtenen Beschlusses zum begründeten Tatverdacht zu verweisen, den sie allein mit ihrer These nicht nachvollziehbar in Zweifel ziehen kann.

4. Ein Kostenersatz für das Rechtsmittelverfahren findet mangels Aufzählung des Verfahrens über Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls in § 41 KartG nicht statt (Hainz-Sator in Petsche/Urlesberger/Vartian KartG2 § 41 Rz 3).